



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer

van Harten, H.J.

Publication date
2011

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Harten, H. J. (2011). *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer*. [, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

5 NATIONALE EUROPEESRECHTELIJKE PRECEDENTEN

'There is a fascinating ongoing process of cross-fertilization between national legal concepts, which influence Community law, and Community concepts, which in return influence national law, with the European Court of Justice as one of the agents for transmission in this process. [...] Indeed, the case law of the European Court on general principles, on the effectiveness of remedies, on conditions for State liability heavily draws on legal traditions of the Member States. At the same time, the concepts and standards distilled from these national sources and further moulded by the European Court flow through its case law into the national legal systems.'

C.W.A. Timmermans, 'The European Union's Judicial System', in: *CMLRev* 2004, p. 400

'In another decentralized model, it might be up to special or highest national courts to deal mainly with referrals for preliminary rulings. Only in exceptional cases would the matter be forwarded to the ECJ. The effect would be that the access to the ECJ would then in some way be limited due to the 'national' filter. Such a system makes a national court primarily responsible for the interpretation of EC law, also in cases of more than minor importance. Apart from the problem of unity, the major drawback is, obviously, that this might lead to the development of 'national' Community law.'

S. Prechal, 'The Preliminary procedure: a role for legal scholarship?', in: *The Uncertain Future of the Preliminary Reference Procedure* (Den Haag, Raad van State 2004)

5.1 Inleiding

Opvallend vaak laten rechters in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak zich over de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer expliciet inspireren of leiden door de eerdere jurisprudentie van hun Nederlandse collega's. In deze gevallen is het primair niet (meer) de jurisprudentie van het Hof van Justitie die de richting geeft voor de beslechting van het geschil, maar een nationale Europeesrechtelijke uitspraak. Naar analogie van het citaat van Timmermans is de nationale rechter hier een van de *'agents for transmission'*. Op bepaalde terreinen vormt deze nationale Europeesrechtelijke rechtspraak een nadere inkleuring, soms in afwijking van of generaliserend ten opzichte van de werking van de Europese vrijheden. Deze ontwikkeling zou ik functioneel willen duiden onder de noemer 'nationale

Europeesrechtelijke precedenten'.¹ Dit verschijnsel heeft, voor zover ik weet en heb kunnen nagaan, als zodanig nog weinig aandacht gekregen in de Europeesrechtelijke doctrine.

Dat laatste is onterecht. De ontwikkeling leidt tot allerlei fundamentele vragen: hoe moeten we deze 'precedentwerking' waarden binnen de context van het Europees recht? Wat voor gezag heeft het nationale Europeesrechtelijke precedent? In hoeverre verlangt het Europees recht een voortdurende zelfstandige beoordeling aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie in plaats van het volgen van nationale Europeesrechtelijke precedenten? Zijn er consequenties of implicaties die verbonden moeten worden aan het enkele bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedenten tegen de achtergrond van nationale rechterlijke autonomie in de praktijk en het stelsel van Europese rechtspleging?

In dit hoofdstuk zou ik drie zaken in het bijzonder willen behandelen. In de eerste plaats schets ik het concept van een 'nationaal Europeesrechtelijk precedent'. Vervolgens bespreek ik enkele voorbeelden van de verschillende typen of functies van dit concept aan de hand van de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak. Dan ga ik, tentatief, in op de consequenties en implicaties die deze ontwikkeling met zich meebrengt. Het hoofdstuk sluit af met enkele conclusies.

5.2 Wat is een nationaal Europeesrechtelijk precedent?

Precedentwerking kan op verschillende manieren worden benaderd.² Het concept wordt over het algemeen binnen de *common law*-traditie geplaatst, omdat het in rechtstelsels gebaseerd op de *common law* een fundamenteel element van het stelsel van recht(spraak) vormt met eigen aard en inhoud (gekoppeld aan bijvoorbeeld een *doctrine of stare decisis*, een beginsel dat de rechter bij gedane uitspraken moet blijven). Maar ook in civielrechtelijk

¹ Dit hoofdstuk is gedeeltelijk gebaseerd op een onderzoekspresentatie tijdens het *REALaw Research Forum: Top-Down and Bottom Up* gehouden te Groningen op 3 juni 2009, en gepubliceerd als 'National Judicial Autonomy: The Example of National European Law Precedents in the Dutch Case-Law on the Free Movement of Services and the Freedom of Establishment', in: *REALaw* 2009, p. 135-153.

² Hierover in het algemeen E. Hondius (ed.), *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht 16-22 July 2006*, Brussel: Bruylant 2007 en N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

georiënteerde rechtstelsels spelen vormen van precedentwerking een rol (bijvoorbeeld de notie van ‘vaste rechtspraak’, *jurisprudence constante*).³

Uit de aard en afbakening van het huidige onderzoek volgt dat dit niet de plaats is om diepgravend in te gaan op de algemene karakteristieken van precedentwerking binnen het Europees recht.⁴ Dat onderwerp leent zich zonder meer tot een dissertatieonderwerp op zich. Toch wil ik er wel kort en goed op ingaan en mij vervolgens in het bijzonder concentreren op wat ik bedoel met het concept van een ‘nationaal Europeesrechtelijk precedent’.

In dit verband zou precedentwerking in de Europeesrechtelijke context in de eerste plaats en vooral als een functioneel concept moeten worden beschouwd. Van precedentwerking is reeds sprake als rechterlijke interpretatie van het recht in eerdere uitspraken instrumenteel blijkt voor de beslechting van nieuwe juridische geschillen. Wanneer we de precedentwerking op deze functionele manier benaderen, dan kunnen we zonder meer ook in de context van het Europees recht een concept van precedentwerking ontwaren of zoals in Brown & Jacobs wordt gesteld, de notie van precedenten in de context van het Europees recht

*‘could be regarded as a basic feature of the Community legal order, just as it is so regarded (and designated as a fundamental doctrine) in the common law of England. Alternatively, precedent can be seen in Community law as only an application of the general principle of legal certainty [...]; or, put another way, the Court makes a virtue of consistency.’*⁵

Dat de precedentwerking als zodanig binnen het Europees recht van fundamenteel belang is, mag blijken uit de rechterlijke schepping van de Europese rechtsorde. Het merendeel van de algemene leerstukken van Unierecht, bijvoorbeeld de doorwerkingsleerstukken directe werking, conforme interpretatie en het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schending van

³ Vgl. bijvoorbeeld V. Fon, F. Parisi, ‘Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis’, beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=534504>.

⁴ Daarvoor zij verwezen naar bijvoorbeeld: E. Tjong Tjin Tai, K. Teuben, ‘European Precedent Law’, in: *European Review of Private Law* 2008, p. 827-841, P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, chapter 13, L. Neville Brown, T. Kennedy, *Brown & Jacobs. The Court of Justice of the European Communities*, London: Sweet & Maxwell 2000, chapter 16, A. Arnall, ‘Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice’, in: *CMLR* 30, 1993, p. 247-266, A. Toth, ‘The authority of judgments of the European Court of Justice: binding force and legal effects’, in: *YEL* 4, 1984, p. 1-77, T. Koopmans, ‘Stare Decisis in European Law’, in: D. O’Keeffe, H.G. Schermers (eds), *Essays in European Law and Integration*, Deventer: Kluwer 1982, p. 11-27.

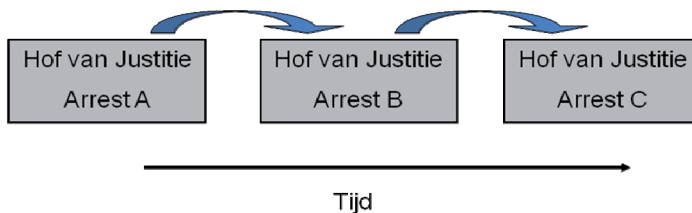
⁵ Brown, Jacobs 2000, p. 346-347.

Europees recht als de voorrang van het Unierecht, zijn als rechtersrecht begonnen en hebben zich gedurende de afgelopen decennia voornamelijk in jurisprudentie verder gevestigd en verduidelijkt.⁶

Het Hof van Justitie baseert zich in zijn beslissingen in de regel zeer sterk op zijn eigen eerdere rechtspraak. Tegelijkertijd is de uitleg van het Europees recht niet in beton gegoten en is het Hof van Justitie in een paar weliswaar zeldzame, maar kenmerkende zaken expliciet van eerder gegeven uitleg afgeweken en heeft deze voor een andere interpretatie ingeruild (expliciete voorbeelden bieden de arresten *Keck*, *Metock*⁷) of is in de loop der tijd de interpretatie in de rechtspraak stapsgewijs en veel impliciet verschoven. Daaruit blijkt dat er binnen de Europeesrechtelijke precedentwerking een flexibele benadering bestaat.

Het lijkt mij verhelderend om wat de precedentwerking binnen het Europees recht betreft, aan te sluiten bij de afbakening van constitutionele verhoudingen in de EU: horizontale en verticale verhoudingen, om vervolgens het concept van nationale Europeesrechtelijke precedenten te positioneren.

Horizontale precedentwerking



Van de verschillende voorbeelden van precedentwerking in het Europees recht spreekt deze variant vast en zeker het meest tot de verbeelding. Het is de duidelijkste vorm van precedentwerking. Het Hof van Justitie baseert zich in zijn rechtspraak, zoals gezegd, op eerdere beslissingen op dezelfde terreinen van het recht of op de algemene leerstukken van het gemeenschapsrecht die, waar mogelijk over de volle breedte van het Europees recht hun gelding doen voelen. Dat lijkt op zichzelf weinig nieuws, maar het krijgt als zodanig in de Europeesrechtelijke doctrine niet altijd de aandacht die het zou kunnen verdienen. Deze precedentwerking bindt in horizontale relatie ten opzichte van zichzelf en in horizontale relatie tot de Europese wetgever.

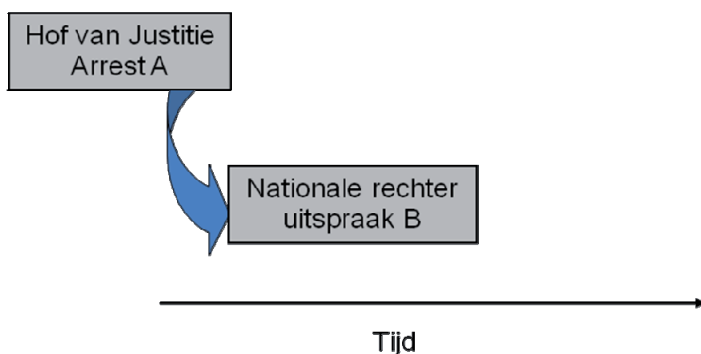
⁶ Zie daarover bijvoorbeeld Barents' annotatie bij de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* in: Beukers e.a. 2010, p. 22-28 in het bijzonder op p. 27.

⁷ *Gev. zaken C-267 en 268/91, Keck* en zaak *C-127/08, Metock*.

De werking van eerdere rechtspraak leidt op een gegeven moment tot ‘vaste rechtspraak’ binnen de jurisprudentie van het Hof van Justitie en in veel uitspraken wordt er woordelijk bij aangesloten. Het Hof van Justitie spreekt in zijn arresten met regelmaat ‘volgens vaste rechtspraak...’ recht. Waar het omslagpunt van een enkele zaaksverwijzing naar een eerder arrest tot ‘vaste rechtspraak’ ligt, is onduidelijk en leent zich voor nader onderzoek, maar is voor ons thema hier niet van groot belang.

Belangrijker is om te constateren dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie deze functionele precedentwerking in zich draagt. Deze werking heeft evident zowel een horizontale, maar ook vaak een verticale werking: een werking ten opzichte van de nationale rechters die van doen krijgen met zaken waarin Europees recht wordt ingeroepen.

Verticale precedentwerking



Verticale precedentwerking is in wezen ook weinig nieuws. De uitleg van het Hof van Justitie is van wezenlijke betekenis voor de manier waarop de nationale rechter geacht wordt het gemeenschapsrecht uit te leggen wanneer daarop een beroep wordt gedaan in een concreet geval dat bij hem omgaat. Dat zagen we duidelijk naar voren komen in het vorige hoofdstuk, bijvoorbeeld in de *acte éclairé*-uitzondering in het prejudicieel verwijzingsrecht. Ook indien prejudicieel verwijzen niet ter sprake komt in de procedure voor de nationale rechter, maar de zaak wel wordt afgedaan met behulp van rechtspraak van het Hof van Justitie, is sprake van deze vorm van precedentwerking. In algemene zin kan worden gesteld dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie werkt als een wezenlijk en tot op zekere hoogte bindend richtsnoer voor de uitleg en toepassing van het Europees recht bij de nationale rechter.

In hoofdstuk 2 werd duidelijk dat de nationale rechter gebonden is aan het beginsel van loyaliteit en de rechtspraak van het Hof van Justitie hoort te volgen. De verticale precedentwerking is in lijn met de *Simmenthal*-benadering in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, die inhoudt dat de nationale rechter

‘belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht [is] zorg te dragen voor de volle werking dier normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten.’ (106/77, *Simmenthal*, dictum)

Door de acceptatie van de directe werking en voorrang van het gemeenschapsrecht in de lidstatelijke rechtsstelsels, heeft deze vorm van Europeesrechtelijke precedentwerking zich enorm verder kunnen ontwikkelen.

De verticale precedentwerking verklaart ook het accent op een *top-down* benadering in het Europeesrechtelijke onderzoek: het Hof van Justitie geeft een op te volgen uitlegging van het Europees recht. De nationale rechter hoort te volgen, ook al onthoudt het Hof van Justitie zich ervan om in zijn jurisprudentie de hiërarchische verhouding tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter te benadrukken.

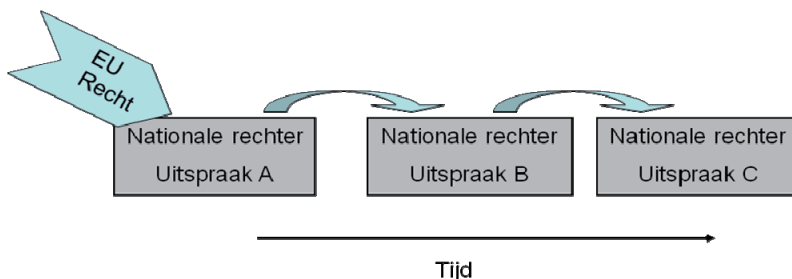
Met de onderscheiding van deze vormen van precedentwerking bestrijken we de standaardbenaderingen van precedentwerking in het Europees recht. Het zwaartepunt ligt daarin evident bij de rechtspraak van het Hof van Justitie. Daarin worden de precedents geschapen en gehanteerd. Vervolgens gebruikt, via de verticale precedentwerking, de nationale rechter deze precedents voor de beslechting van Europeesrechtelijke geschillen. Daar zijn voorbeelden te over van te vinden in de voor dit boek onderzochte nationale Europeesrechtelijke rechtspraak.⁸

In deze rechtspraak gebruikt de Nederlandse rechter expliciet de interpretatie van het Hof van Justitie voor de beslechting van nieuwe geschillen. Hier komt het vaak neer op toepassing van het recht, waarbij enige aanpassing aan de omstandigheden van het nieuwe geschil aan de orde is die een nadere interpretatie van de door het Hof van Justitie gegeven uitlegging vergt.

⁸ Uit vele kan bijvoorbeeld worden gewezen op Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 15 januari 2008, LJN BC6574 waarin uitvoerig naar diverse rechtspraak van het Hof van Justitie wordt verwezen en in de kern C-464/02, *Commissie/Denemarken*, C-151/04 en C-152/04, *Nadin en Durré* en C-242/05, *Van de Coevering* worden toegepast. Toevallig over dezelfde materie Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 28 augustus 2008, LJN BF9938.

Maar met de beschrijving van de horizontale en verticale werking van Europese precedenteren hebben we het onderwerp van dit hoofdstuk nog niet verklaard. De hoofdstuktitel en introductie suggereren de zogeheten nationale Europese precedentwerking. Wat moet onder dat verschijnsel worden verstaan?

Nationale Europeesrechtelijke precedentwerking



In het geval van een nationaal Europeesrechtelijk precedent begint het met het invoeren van een Europeesrechtelijke norm in een zaak voor de nationale rechter. Deze wordt opgevolgd door een interpretatie van een andere of dezelfde nationale rechter. De Europeesrechtelijke beslissing krijgt een precedentwerking voor het beslissen van nieuwe gevallen. Hier is het niet meer het Europees recht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, maar Europees recht in decentrale context, in een in de rechtspleging ‘geïmplementeerde vorm’: het Europees recht krijgt een nationaal gekleurde inbedding en karakter. Dan gaat het bijzonder om de richtinggevende uitspraken van de nationale rechtscollages die worden gevolgd in latere zaken in de nationale context, maar er kan wat mij betreft ook al hiervan worden gesproken wanneer een rechtbank verwijst naar een eerdere relevante zaak en de interpretatie van een andere rechtbank.

In een brede en functionele definitie gegoten, gaat het bij een nationaal Europeesrechtelijk precedent om:

een autonome interpretatie van Europees recht door een nationale rechter die een precedentwerking heeft voor toekomstige zaken in een bepaald rechtsgebied.

Vanuit deze functionele benadering is van nationale precedentwerking sprake wanneer een nationale rechter bij de interpretatie of toepassing van een Europeesrechtelijke norm zich expliciet baseert of impliciet laat leiden door eerdere uitspraken van nationale rechters als bron voor de beslissing.

Wat is hier zo bijzonder aan? Dat hangt er van af. De ontwikkeling zou kunnen worden afgedaan als niets bijzonders en weinig nieuws onder de zon, en dat

klopt gedeeltelijk ook. Tot op zekere hoogte hebben we hier van doen met een verschijnsel van alle tijden. Het kwam bijvoorbeeld in de beginjaren van de Europese rechtsorde ook al voor dat de Nederlandse rechter uitleg gaf aan Europese rechtsnormen, die vervolgens door een ander Nederlands rechtscollege werd gehanteerd voor de afdoening van een geschil met een Europeesrechtelijke component. De mate waarin dit verschijnsel zich blijkt voor te doen in de onderzochte rechtspraak, doet vermoeden dat er toch meer aan de hand is.

Op zichzelf is het ook weinig verwonderlijk dat de nationale rechter uitleg geeft over het Europees recht. Hij is daar, in een grote meerderheid van de gevallen, de eerst aangewezen voor, ook wanneer de nationale rechter in laatste instantie rechtsprekt. Als het in dit laatste geval een Europese rechtsvraag betreft, die noodzakelijk is voor de beslechting van een geding, dan komt vanzelfsprekend de prejudiciële verwijzingsverplichting om de hoek kijken, maar het oordeel daarover is, zoals we in het vorige hoofdstuk zagen, aan de nationale rechter zelf. Wanneer in zo'n laatste geval een rechter besluit vast te houden aan de eigen uitleg of eerder in nationale Europeesrechtelijke rechtspraak gegeven uitleg, dan bestaat er voor een partij geen mogelijkheid tot nader beroep en moeten partijen zich daarbij neerleggen.

Bijzonder is wél dat het bij het onderzochte recht gaat om Europeesrechtelijke normen die via nationale Europeesrechtelijke precedenten een eigen inkleuring en uitlegging krijgen op nationaal niveau. Het startpunt is weliswaar nog steeds de Europese norm en – veelal – de uitleg die daaraan reeds is gegeven door het Hof van Justitie (zoals afgebeeld op de illustratie), maar vervolgens gaat de nationale rechtspraak er mee aan de haal. Er volgen nationale Europeesrechtelijke interpretaties die een traceerbare precedentwerking hebben voor volgende zaken binnen de lidstatelijke context. Deze uitspraken hebben feitelijk en juridisch een invloed op rechtsontwikkeling en de eenheid van het recht binnen de EU. Dat brengt ons op de fundamentele vraag naar de betekenis en het gezag van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Want wat voor waarde moet aan die nationaalrechtelijke uitleg van Verdragsvrijheden worden geschonken?

Opmerkelijk is dat bij dit verschijnsel als zodanig nauwelijks werkelijk wordt stilgestaan. De leidende doctrinaire gedachte, die wordt gevoed door een overwegende *top down*-benadering in het onderzoek, gaat in hoge mate uit van het traditionele uitgangspunt dat het aan het Hof van Justitie is om het Europees recht uit te leggen en aan de nationale rechter om het recht louter toe te passen. De nationale rechter hoort zich in die optiek bij de beslechting van een geschil met een Europeesrechtelijke component te baseren op de uitleg zoals gegeven

door het Hof van Justitie. De idee dat hij zich daarbij eveneens baseert op nationale Europeesrechtelijke rechtspraak, ontbreekt en wordt, kennelijk, gemakshalve vaak vergeten of miskend. Daarmee neigt de doctrine tot een formalistisch wereldbeeld, waarin onvoldoende recht wordt gedaan aan de juridische werkelijkheid van de praktijk.

Als uit het onderhavige onderzoek blijkt dat de nationale rechter zeer sterk geneigd is de uitspraken van zijn collega's te volgen, dan is dat op zichzelf een interessant gegeven en een verschijnsel dat in ieder geval tot nadere bestudering uitnodigt met fundamentele vervolgvragen. Voordat we daaraan toekomen, zou ik de nationale Europese precedentwerking nader willen demonstreren aan de hand van verschillende voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak waarin de Europese vestigingsvrijheid en/of het Europese vrijedienstenverkeer een element vormt.

5.3 Functies: verfijning, verduidelijking, fundering

Op welke manieren komt de nationale Europese precedentwerking naar voren? In het onderzoek naar de Nederlandse rechtspraak waarin de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer aan de orde is, komen verschillende varianten van nationale rechterlijke uitleg naar voren die ik onder het bereik van de nationale Europese precedentwerking zou willen scharen.

Drie typen wil ik hier in het bijzonder bespreken. Ten eerste is er het type dat feitelijk neerkomt op verduidelijking van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het tweede type van nationale Europese precedentwerking dat ik onder de aandacht wil brengen, wordt gevormd door de gevallen waarin een abstract oordeel rond de toetsing van een maatregel in het licht van het vrijverkeerrecht doorwerkt naar vervolguitspraken. Het derde type is de verwijzing ter motivering en fundering van het oordeel van de rechter: in lijn of in afwijking van de interpretatie van eerdere rechtspraak, ziet de rechter zijn oordeel voor het concrete geval dat bij hem omgaat, bevestigd worden. Het precedent wordt dan gebruikt ter rechtvaardiging of ondersteuning van de juistheid van het oordeel van de nationale rechter.

Verduidelijking rechtspraak van het Hof van Justitie

Rechtersrecht heeft naar zijn aard en inhoud de neiging om sterk casuïstisch te zijn. Met behulp van het concrete geval kan een lijn worden uitgezet of interpretatie worden gegeven. De feiten en omstandigheden en de aangevoerde stellingen vormen het fundament waarop de rechterlijke uitspraak kan worden gebouwd. Tegen die achtergrond is het heel begrijpelijk dat de jurisprudentie

van het Hof van Justitie niet altijd even duidelijke richtsnoeren biedt, die zich er toe lenen één op één te worden gebruikt voor de beslechting van vergelijkende geschillen in de nationale context. Dat is inherent aan deze vorm van precedentwerking. Sterk casuïstische uitspraken of soms simpelweg rechterlijke vaagheid geeft partijen munitie om nieuwe zaken uit te proberen en variaties uit te testen. Dat soort testgevallen komt in eerste instantie terecht op het bord van de nationale rechter. In de variaties op de rechtspraak van het Hof van Justitie worden nationale Europeesrechtelijke precedënten van dit eerste type geschapen.

Een kenmerkend voorbeeld daarvan is te vinden in de Nederlandse jurisprudentie rond de vergoeding voor de kosten van grensoverschrijdende zorg. Zoals ik in hoofdstuk 3 schreef, heeft de vergoeding van medische dienstverlening in andere lidstaten tot een bulk aan Nederlandse Europeesrechtelijke jurisprudentie geleid. Deze rechtspraak kwam in hoofdstuk 3 al aan de orde, maar het perspectief is hier anders. Waar het daar ging om de effecten van rechterlijke harmonisatie op de praktijk van de toetsing aan het vrijverkeerrecht door de nationale rechter te bespreken, nu gebruik ik enkele voorbeelden uit deze rechtspraak om de praktijk van nationale Europeesrechtelijke precedënten te illustreren. Zoals duidelijk werd in hoofdstuk 3, ontstond in de prejudiciële rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de aanvaardbaarheid van belemmeringen op de grensoverschrijdende medische dienstverlening, naast andere criteria, een onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg. Vergoeding van een intramurale behandeling in een andere lidstaat die beperkt wordt door een stelsel van voorafgaande toestemming werd in beginsel aangemerkt als een gerechtvaardigde belemmering van het vrijedienstenverkeer. Maar wat moet worden verstaan onder intramurale behandeling? In de verschillende lidstaten bestaan in dit verband verschillende regels en tradities. Hoe moet een nationale rechter een dergelijk begrip verduidelijken?

Na het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Müller/Fauré*, een zaak die overigens was aangebracht door de Centrale Raad van Beroep, spreekt de Centrale Raad van Beroep zich op 18 juni 2004 uit in drie beroepszaken rondom de vergoeding van medische diensten die in een andere lidstaat zijn geleverd, zonder te verwijzen naar het Hof van Justitie.⁹ Zoals ik in hoofdstuk 3 reeds schreef, hebben deze uitspraken een precedentwerking gehad voor latere uitspraken van zowel de Centrale Raad van Beroep als voor andere Nederlandse

⁹ De zaak *Linkerheupoperatie* (18 juni 2004, LJV AP4731), de zaak *Zes kronen* (18 juni 2004, LJV AP4742) en de zaak *Arthroscopie* (18 juni 2004, LJV AP4794).

rechters.¹⁰ De Raad geeft in deze zaken een nadere inkleuring van de elementen uit het arrest *Müller/Fauré*. Het gaat daarbij in het bijzonder om een interpretatie van rechtsoverweging 92 van dit arrest, die luidt:

‘Een weigering van voorafgaande toestemming die echter niet is ingegeven door vrees voor verspilling of achteruitgang ten gevolge van overcapaciteit van ziekenhuizen, maar uitsluitend door het feit dat er op het nationale grondgebied wachtlijsten bestaan voor de behandeling in een ziekenhuis, zonder dat rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden die de medische toestand van de patiënt kenmerken, kan geen gerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van diensten zijn. Uit de voor het Hof aangevoerde argumenten blijkt immers niet dat een dergelijke wachttijd, los van zuiver economische overwegingen die op zich geen belemmering van het grondbeginsel van het vrij verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen, noodzakelijk is om de bescherming van de volksgezondheid te garanderen. Een te lange of abnormale wachttijd zou integendeel de toegang tot een evenwichtig aanbod van intramurale kwaliteitszorg juist beperken.’¹¹

De Raad leidt hieruit af dat er geen sprake is van een verboden belemmering op het vrijedienstenverkeer zolang er sprake is van ‘wachttijden die noodzakelijk kunnen worden geacht voor een planning van de gezondheidszorg welke beoogt een toereikende en permanente toegang te garanderen tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg.’ Als dit verband tussen planning en toegang zwak is, kan de weigering niet als gerechtvaardigde belemmering worden gezien. Vervolgens operationaliseert de Raad dit criterium dat in latere Nederlandse rechtspraak terugkomt:

‘naarmate bestaande wachttijden langer zijn, er des te minder gronden bestaan om een rechtvaardiging voor de belemmering van het vrije verkeer van diensten aan te nemen. Indien een voor een goede planning en ter voorkoming van leegloop en verspilling benodigde wachttijd in betekenende mate wordt overschreden zal weigering van de gevraagde toestemming niet gerechtvaardigd kunnen worden geacht, zelfs als op grond van de gezondheidstoestand en de overige antecedenten van de patiënt behandeling binnen afzienbare tijd niet noodzakelijk is.’

Bovendien maakt de Raad, in de zaak *Arthroscopie*, duidelijk wat hij verstaat onder het begrip intramurale zorg. Volgens de Raad is daarvan sprake

¹⁰ De aanpak uit deze zaken wordt door de Centrale Raad van Beroep zelf gevolgd (soms meer impliciet dan expliciet) in bijvoorbeeld de zaak *Vleesboom*, 20 juli 2004, LJN AQ6277; *Spondylodese*, 20 oktober 2004, LJN AR4949, *Crisisopnames*, 24 november 2004, LJN AR6847, *ICSI en MESA*, 13 juli 2005, LJN AT9545 en op 29 juni 2006 in LJN AT9602. De aanpak zien we eveneens terug in bijvoorbeeld rechtbank Arnhem 4 augustus 2004, LJN AR3576 en rechtbank Roermond, 25 februari 2005, LJN AS9108.

¹¹ *Zaak C-385/99, Müller/Fauré*.

‘bij behandelingen waarbij naar internationale medische normen ten minste één overnachting in een ziekenhuis medisch gebruikelijk wordt geacht. Alle andere behandelingen dienen in beginsel als extramurale zorg aangemerkt te worden.’

In plaats van nogmaals over deze problematiek verwijzen naar het Hof van Justitie, nam de Centrale Raad van Beroep op dit terrein zelf de verantwoordelijkheid door autonoom uitleg te geven aan diffuse begrippen die binnen het Europees recht van materiële betekenis zijn geworden.

Dit type precedenten heeft het karakter van een verduidelijking van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Men zou ook kunnen stellen dat van dit type precedenten als het ware van een ‘werkbaar maken’ van de jurisprudentie van het Hof van Justitie uitgaat. De verdere ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof van Justitie over grensoverschrijdende zorgverlening laten we hier verder buiten beschouwing. Het gaat om de nationale Europeesrechtelijke precedentwerking die zich in de nationale context voordoet.

Vergelijkbare voorbeelden van verdere verduidelijking van rechtspraak van het Hof van Justitie treffen we aan in de recente overvloedige Nederlandse rechtspraak in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen. Hier speelt de uitleg van de Afdeling een wezenlijke rol. Het gaat om nadere uitleg die de Afdeling in de eerste reeks zaken steeds zelf heeft gegeven, zonder op dit terrein voorlichting van het Hof van Justitie te hebben gevraagd.¹²

In deze zaken gaat het vrijwel altijd om boetes die de Nederlandse Arbeidsinspectie aan werkgevers heeft opgelegd vanwege schending van de Nederlandse Wet arbeid vreemdelingen. Er zijn werkzaamheden uitgevoerd zonder de vereiste tewerkstellingsvergunning of zonder dat de werkzaamheden zijn genotificeerd. In veel van die gevallen, die we ook in hoofdstuk 3 voorbij zagen komen, gaat het om de vraag of er sprake is van het vrijewerknemersverkeer, dan wel de vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer. De materiële reikwijdte van deze vrijheden is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie op belangrijke mate geconvergeerd tot een eenvormig toetsingssysteem met een vergelijkbare werkingssfeer. Daardoor is het verschil in effect in rechtsgevolg tussen deze vrijheden onder het primaire

¹² Hierbij zij aangetekend dat de Afdeling in enkele Wav-zaken op 29 juli 2009 toch heeft verwezen naar het Hof van Justitie in de zaken ABRvS 29 juli 2009, LJN BJ4140, LJN BJ4071 en LJN BJ4133. Dit leidden tot het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken C-307/09 tot en met C-309/09, *Vicoplus*. De Afdeling heeft ook op 31 maart 2010 verwezen met betrekking tot de verhouding tussen het vrijedienstenverkeer en het vereiste van een tewerkstellingsvergunning voor het ter beschikking stellen van werknemers. Zie ABRvS 31 maart 2010, LJN BL9661. Dit is zaak C-158/10, *Johan van Leendert Holding* en hangt momenteel nog bij het Hof van Justitie.

recht beperkt. Dat is ten aanzien van het vrijverkeer met de laatst toegetreden lidstaten van de Europese Unie echter niet het geval, daar heeft de afbakening heeft in veel gevallen nog wel een duidelijk materieel rechtsgevolg: voor het vrijewerknemersverkeer uit nieuwe lidstaten hebben enkele jaren lidstatelijke overgangsmaatregelen gegolden, die niet bestonden voor economische activiteiten onder de sfeer van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer. De rechter moet in deze gevallen, veelal met een diffuus feitencomplex, nagaan of, en zo ja, welke van de vrijheden op het concrete geval van toepassing is.

Een eerste lijn met duidelijke precedentwerking betreft uitspraken van de Afdeling van 2 augustus 2006.¹³ In die uitspraken worden boetes in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen tegen de achtergrond van de vrijheden beoordeeld met behulp van het arrest *Rush Portuguesa*.¹⁴ De rechtsoverwegingen 14 tot en met 17 uit dat arrest zijn integraal in de uitspraken van de Afdeling opgenomen. Onder verwijzing naar *Rush Portuguesa* wordt overwogen:

‘2.3.3. De Afdeling verstaat voormelde overwegingen in de verhouding tussen Nederland en Polen dat het in Nederland enkel terbeschikkingstellen van eigen werknemers door een Poolse onderneming weliswaar valt aan te merken als het verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG-Verdrag, maar dat in dat geval de werknemers tot de arbeidsmarkt van Nederland toetreden, de overgangsregeling voor de toegang van werknemers van toepassing is en Nederland bevoegd is maatregelen te treffen om de toegang van deze werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen. De in de Way voor de werkgever neergelegde vergunningplicht is een dergelijke maatregel.’¹⁵

De Afdeling geeft hier een eigen interpretatie van toetreding tot de arbeidsmarkt. Daarvan is naar oordeel van de Afdeling sprake in het geval van het terbeschikkingstellen van eigen werknemers door een Poolse onderneming. Ook al is dan sprake van het vrijedienstenverkeer, toch is Nederland bevoegd maatregelen te treffen door bijvoorbeeld een vergunningplicht te hanteren. Een ruime week later in datzelfde jaar oordeelt de rechtbank Amsterdam overigens dat deze tewerkstellingsvergunningen geen passend middel zijn en dat daarom niet aan de voorwaarden van het evenredigheidsbeginsel is voldaan.¹⁶ Toch

¹³ ABRvS, 2 augustus 2006, LJN AY5513, LJN AY5514, LJN AY5515 en LJN AY5516.

¹⁴ Zaak C-113/89, *Rush Portuguesa*.

¹⁵ ABRvS, 2 augustus 2006, LJN AY5513.

¹⁶ Rechtbank Amsterdam, 11 augustus 2006, LJN BB1347. Onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de zaak C-112/89, *Rush Portuguesa*, zaak C-43/93, *Van der Elst*, zaak C-445/03, *Commissie t. Luxemburg*, zaak C-244/04, *Commissie t. Duitsland*.

krijgt de aanpak van de Afdeling navolging. De uitleg wordt door diverse rechtbanken¹⁷ en de Afdeling zelf¹⁸ in volgende Wav-zaken gebruikt.

In de eerste jurisprudentie van de Afdeling over de Wet arbeid vreemdelingen in het licht van het vrijverkeerrecht werd eigenlijk alleen gebruik gemaakt van het arrest *Rush Portuguesa*. Alleen van dat arrest werden rechtsoverwegingen gebruikt voor de beoordeling van boetes in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen tegen de achtergrond van de Europeesrechtelijke vrijheden. Sinds een richtinggevende uitspraak van 30 januari 2008 wordt ook de jurisprudentieontwikkeling na dit arrest uit 1990 meegenomen.¹⁹ In deze uitspraak van de Afdeling wordt gebruik gemaakt van *Rush Portuguesa*, *Van der Elst*, *Commissie t. Luxemburg*, *Commissie t. Duitsland* en *Commissie t. Oostenrijk*, om daaruit te concluderen:

‘2.3.2. De Afdeling leidt uit voormelde rechtspraak af dat het beperken van de vrijheid van dienstverrichting door middel van nationale maatregelen gerechtvaardigd kan zijn, in de situatie waarin met de terbeschikkingstelling wordt beoogd de desbetreffende werknemer, anders dan tijdelijk voor zover nodig voor de terbeschikkingstelling, te laten toetreden tot de arbeidsmarkt van de lidstaat van tewerkstelling dan wel de beperkingen met betrekking tot het vrijewerkmemersverkeer te omzeilen. Volgens het HvJ EG doet die situatie zich in het algemeen niet voor, indien een dienstbetrekking bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en de dienstverrichter, die werknemer zijn hoofdactiviteit in de lidstaat van herkomst uitoefent en hij na de dienstverrichting naar die lidstaat terugkeert.’

Deze uitspraak komt neer op een wijziging in de lijn van de Afdeling. De nieuwe, opnieuw autonome, operationalisering van rechtspraak van het Hof van Justitie krijgt veel navolging: de uitspraak van 30 januari 2008 vormt het ijkpunt voor beslechting van het geschil in volgende uitspraken.²⁰

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Dordrecht, 16 mei 2007, LJN BB3114.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS, 5 september 2007, LJN BB2923, ABRvS, 14 november 2007, LJN BB7823.

¹⁹ ABRvS, 30 januari 2008, LJN BC3078. Zie in zelfde zin de noot van Tjebbes JV 2008/134.

²⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS, 5 maart 2008, LJN BC5807, Vzr rechtbank Zwolle, 16 april 2008, LJN BC9751, ABRvS, 23 april 2008, LJN BD0352, ABRvS, 23 april 2008, LJN BD0232, ABRvS, 28 mei 2008, LJN BD2642, rechtbank Zwolle, 7 juli 2008, LJN BD8988, ABRvS, 6 augustus 2008, LJN BD9458, rechtbank Alkmaar, 20 augustus 2008, LJN BF5930 en LJN BE9494, rechtbank Arnhem, 24 september 2009, LJN BF9072, ABRvS, 12 november 2008, LJN BG4043. Soms blijft de inspiratie impliciet, bijvoorbeeld in Rechtbank Roermond, 3 november 2008, LJN BG2562.

Tegelijkertijd wordt in sommige vergelijkbare Wav-uitspraken van de Afdeling niet naar deze uitspraak verwezen.²¹ Dat ligt veelal aan de beoordeling van het feitencomplex: het zwaartepunt ligt dan veelal bij een afbakening tussen het karakter van de activiteiten als ‘werknemer’ (vrijwerknemersverkeer) of ‘zelfstandige’ (vestigingsvrijheid) in plaats van de vraag of er sprake is van ‘dienstverlening met eigen werknemers’ (vrijdienstenverkeer). Maar ook daar zoekt de lagere rechter aansluiting bij de rechtspraak van de Afdeling waarin rechtspraak van het Hof van Justitie nader is verfijnd, een dergelijke aansluiting bij de rechtspraak van de hogere rechter is op zichzelf natuurlijk niet vreemd en heel begrijpelijk. Zo zien we dat bijvoorbeeld de rechtbank Almelo in een uitspraak van 31 oktober 2008 aansluiting zoekt bij de rechtspraak van de Afdeling om na te gaan of de vreemdelingen ‘als zelfstandigen in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening binnen de Gemeenschap kunnen worden aangemerkt’. De rechtbank verwijst daarbij naar Afdelingsuitspraken van 13 augustus 2008 en 3 september 2008:

‘In haar uitspraken van 13 augustus 2008 (LJN BD9986) en 3 september 2008 (LJN BE9725) heeft de Afdeling, onder verwijzing naar een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 15 december 2005 in de zaken nrs. C-151/04 en C-152/04 (Jur. 2005, p. I-11203), overwogen dat voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen in de hoedanigheid van zelfstandigen zijn uitgevoerd, bepalend is of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend. Daarbij speelt de vraag of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid worden uitgeoefend een rol en is tevens de feitelijke situatie van belang.’²²

De operationalisering van de rechtspraak van het Hof van Justitie in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak kan dus op verschillende manieren gestalte krijgen. Als eenmaal een zekere lijn is ingezet, hoeft dit niet te betekenen dat dit

²¹ In bijvoorbeeld ABRvS, 21 mei 2008, LJN BD2085 en ABRvS, 23 juli 2008, LJN BD8360 en ABRvS, 6 augustus 2008, LJN BD9459, ABRvS, 6 augustus 2008, LJN BD9469, ABRvS, 13 augustus 2008, LJN BD9986, rechtbank Alkmaar 20 augustus 2008, LJN BE9433 ABRvS, 3 september 2008, LJN BE9724, ABRvS, 3 september 2008, LJN BE9725, LJN BE9726, LJN BF0328 en LJN BF0329; ABRvS, 10 september 2008, LJN BF0333, rechtbank Roermond, 19 september 2008, LJN BF3993, ABRvS, 1 oktober 2008, LJN BF3901, LJN BF3902 en LJN BF3903, ABRvS, 15 oktober 2008, LJN BF9012 en LJN BF9013 en ABRvS, 29 oktober 2008, LJN BG1869, ABRvS, 5 november 2008, LJN BG3409 en LJN BG3414, ABRvS, 12 november 2008, LJN BG4077. In deze zaken wordt alleen of vooral verwezen naar gev. zaken C-151/04 en C-152/04, *Nadin en Durré* (het gaat in die zaken vrijwel altijd om werknemers en geen zelfstandigen naar oordeel van de Afdeling). Opmerkelijk wordt in onder meer ABRvS, 3 september 2008, LJN BE9726, LJN BE9725, LJN BF0328 en LJN BF0329 en Rechtbank Almelo, 31 oktober 2008, LJN BG2931 toch aangenomen dat van dienstverlening sprake is.

²² Rechtbank Almelo, 31 oktober 2008, LJN BG2931.

de standaardaanpak blijft, in de gang der tijd blijft recht discussie en bestaat op punten aanleiding om nationale Europeesrechtelijke precedënten te verfijnen.

Een derde voorbeeld van verduidelijking van rechtspraak van het Hof van Justitie is te vinden in een wat oudere zaak die ten grondslag lag aan de fameuze *Van Schijndel*-uitspraak van het Hof van Justitie.²³ Bij deze zaak, die speelde bij de Hoge Raad, lijkt het erop dat de Hoge Raad door zijn advocaat-generaal tot een bepaalde, niet boven alle twijfel verheven, koers wordt verleid. Deze zaak ging om de vraag of een verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds voor fysiotherapeuten in strijd kwam met het Europees recht.²⁴ De Hoge Raad stelde in deze zaak geen prejudiciële vragen over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer, terwijl het cassatiemiddel dit aspect namens Van Schijndel wel degelijk aan de orde stelde. Advocaat-generaal Koopmans concludeerde:

‘Het lijkt mij daarentegen niet nodig een vraag te stellen over eventuele strijd met de vrijheid van dienstenverkeer. Buitenlandse verzekeringsmaatschappijen verkeren in dezelfde positie als Nederlandse. Hun toegang tot de pensioenmarkt wordt niet belemmerd doordat het grensoverschrijdende dienstenverkeer tussen de lidstaten wordt beperkt maar doordat aan het beroepspensioenfonds een quasi-monopoliepositie wordt toegekend. Dat kan onder art. 81 of art. 82 vallen, het ligt buiten het toepassingsgebied van art. 49 EG-Verdrag. Subonderdeel c leent zich dan ook tot onmiddellijke verwerping. Daarbij valt nog op te merken dat de vrijheid van vestiging, die in het onderdeel ook wordt genoemd doch in de toelichting niet wordt uitgewerkt, i.c. in het geheel niet aan de orde is.’²⁵

In lijn met het oordeel van de advocaat-generaal besloot de Hoge Raad geen prejudiciële vragen te stellen aangaande de belemmering van één van beide vrijheden, maar wel ten aanzien van de mededingingsrechtelijke aspecten. De Hoge Raad kwam zelf ook niet toe aan de beoordeling van de vrijheden. Vervolgens hanteerde de Hoge Raad eenzelfde aanpak in de zaken *Drijvende Bokken*,²⁶ en *Albany*.²⁷ In beide zaken ging het opnieuw om de verplichte deelname aan een bedrijfspensioenfonds en richtte het cassatiemiddel zich erop dat de feitenrechter, die in dit geval prejudiciële vragen stelde, hierin de eventuele strijdigheid van de regeling met de vrijheid van vestiging en dienstenverlening had moeten betrekken. Na de eerdere precedënten is de Hoge Raad stellig:

²³ Gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*.

²⁴ Hoge Raad, 22 oktober 1993, NJ 1994/94, AB 1994/135.

²⁵ Hoge Raad, 22 oktober 1993, NJ 1994/94, AB 1994/135.

²⁶ Hoge Raad, 6 juni 1997, NJ 2000/232. De Raad stelde wel prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de toepasselijkheid van het mededingingsrecht.

²⁷ Hoge Raad, 5 februari 1999, NJ 2000/451. De Raad deed de zaak zelfstandig af.

‘voor wat betreft het ook in die zaken telkens gedaan beroep op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening (in de bewoordingen van het arrest van 1997 die materieel niet verschillen van die van dat van 1993): “redelijkerwijs niet valt te betwijfelen dat in het onderhavige geval niet mede sprake is van beperkingen van deze vrijheden.” Daarmee is gezegd dat, zo in zaken als de onderhavige sprake is van onverenigbaarheid van de nationale regeling met het EG-verdrag, het wezenlijke kenmerk daarvan ligt binnen het toepassingsgebied van de art. 81,82 of 86 EG-verdrag, en dat derhalve vragen op het stuk van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening overbodig zijn.’

Weliswaar behoort het tot de feitelijk autonomie van de nationale rechter om zelf te bepalen over welke Europeesrechtelijke norm eventuele prejudiciële vragen moeten worden gesteld. Toch is de stelligheid van de Hoge Raad opmerkelijk, omdat een wettelijk toegekende monopoliepositie een abstract voorbeeld vormt van een belemmering van de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer: een absoluut verbod neigt naar zijn aard, als geen objectieve criteria voor de keuze van een bepaald model worden gebruikt, in ieder geval een belemmering te zijn, omdat alle andere partijen uitgesloten worden.²⁸ Of deze belemmering nu al dan niet discriminerend van karakter is,²⁹ een dergelijke belemmering komt, zoals aan de orde kwam in hoofdstuk 3, zeer snel onder de sfeer van de verbodsnorm en zal dan gerechtvaardigd moeten worden. De aanpak van de Hoge Raad was, indachtig de ontwikkeling van het vrijedienstenverkeer op dat moment, op zijn minst voor twijfel vatbaar. Wat daar van zij, de uitspraak van de Hoge Raad streefde wel een verdere verduidelijking van de toepassing en uitlegging van het Europees recht in de Nederlandse context na.

Variaties op de rechtspraak van het Hof van Justitie belanden over het algemeen als eerste op het bord van de nationale rechter. Die voeden de ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedënten. De nationale rechter moet beslissen in de nieuwe zaken, een nadere uitleg geven en beslissen over de noodzakelijkheid van al dan niet verwijzen naar het Hof van Justitie. Daar treedt een grote mate van autonomie van de nationale rechter naar de voorgrond. Bij ‘lichte’ variaties of verduidelijkingen op de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt het voor de hand te liggen dat de nationale rechter geneigd is om het probleem zelfstandig op te lossen.

Fundering voor nieuwe zaken

²⁸ Het Gerechtshof Arnhem toont in de procedure *Lotto t. Ladbrokes* op 17 november 2006 overigens een andere visie.

²⁹ Advocaat-generaal Mok stelt in zijn conclusie bij de zaak *Albany* dat vaststaat dat de bedrijfspensioenfondsenregeling niet discriminatoir is of toegepast wordt, overigens zonder dit nader te onderbouwen.

Een tweede type bestaat erin dat er over een specifiek onderdeel van de toetsing aan de vrijverkeerbepalingen een concreet oordeel is geweest dat tot een abstract oordeel voor toekomstige zaken leidt: in dat geval toetst de nationale rechter niet meer zelfstandig, maar wordt de oplossing of het oordeel van de eerdere rechterlijke uitspraak gevolgd als motivering voor het oordeel in een nieuwe zaak.

Dit type doet zich voor bij praktisch alle elementen van de toetsing aan het vrijverkeerrecht: of het nu gaat om de afbakening van vrijheden, de beoordeling van het bestaan of het karakter van de belemmering (het al dan niet discriminerende karakter ervan), de weging van een rechtvaardiging uit oogpunt van publiek belang en de beoordeling van de evenredigheid van de ingeroepen rechtsvaardigingsgrond.

In dit verband zijn de gevallen waarin de rechter zich letterlijk aansluit bij een eerdere rechterlijke beoordeling, verreweg het duidelijkst. Voorbeelden vinden we hiervan terug in de eerstelijns fiscale rechtspraak. Zo vindt de rechtbank Haarlem in een fiscale zaak over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de verlengde navorderingstermijn in artikel 16, lid 4 van de AWR zich helemaal in een eerdere uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam:

‘4. Beoordeling van het geschil

4.1 Het gerechtshof te Amsterdam heeft in zijn uitspraak van 18 januari 2006 (nummer 03/04509; LJV AU9845) ter zake van gestelde strijd van de verlengde navorderingstermijn met het EG-Verdrag het volgende overwogen en beslist: [...]

4.2. De rechtbank neemt deze overweging en conclusie over en maakt deze tot de hare.’³⁰

De rechter volgt haast blindelings de eerdere uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam, waarin de rechter tot het oordeel kwam dat de verlenging van de navorderingstermijn naar ‘redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is’ in het onderhavige geval voldoende gerechtvaardigd en niet disproportioneel was, omdat de verlenging gericht is op bestrijding van belastingontduiking.³¹

De vraag die een dergelijk aanpak oproept, is uiteraard hoeveel gezag de eerdere uitspraak van de nationale rechter in dit soort gevallen toekomt. Verdient een zelfstandige benadering van nieuwe geschillen de voorkeur of mag de rechter uit hoofde van de betekenis van de eerdere uitspraak van zijn nationale collega de eerder gegeven rechtsuitleg volgen, en zo ja, in hoeverre? Hier komt de vraag

³⁰ Rechtbank Haarlem, 14 januari 2008, LJV BC2895. Letterlijk eenzelfde aanpak hanteert de rechtbank Haarlem in een uitspraak van 9 november 2007, LJV BC2916.

³¹ Gerechtshof Amsterdam, 18 januari 2006, LJV AU9845.

naar het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak naar boven. Timmermans lijkt er met betrekking tot de prejudiciële verwijzingsbevoegdheid in zijn annotatie bij *Rheinmühlen* van uit te gaan dat de rechter niet noodzakelijk de insubordinatie van het nationaalrechtelijke stelsel moet doorbreken.³² Maar geldt dit ook voor gevallen van nationale Europeesrechtelijke preceden-ten? In dit verband ben ik van oordeel dat de nationale rechter bij ieder nieuw geschil in in beginsel de vrijheid heeft om zelfstandig een oordeel te vormen over de Europeesrechtelijke interpretatie en toepassing van de vrijheden, maar ook de vrijheid om het eerder gegeven precedent te volgen.

Een ander voorbeeld van fundering valt waar te nemen in een uitspraak over een beleggingsmaatschappij op de Antillen die omging bij de rechtbank 's-Gravenhage. In deze zaak gaat het om een oordeel over de verhouding van de vrijheden ten opzichte van de landen en gebieden overzee, de rechtbank:

‘stelt voorop dat de intracommunautaire vrijheid van kapitaalverkeer, zoals die is vastgelegd in artikel 56 EG, niet in algemene zin van toepassing is op de landen en gebieden overzee (vergelijk – met betrekking tot – thans artikel 43 EG-Verdrag – het arrest HR 13 juli 2001, nr. 35.333, BNB 2001/323, en het arrest HR 24 oktober 2003, nr. 37.565, BNB 2004/257).’³³

Het oordeel wordt kennelijk versterkt en verdedigd door de verwijzing naar de eerdere Nederlandse rechtspraak over de reikwijdte van de vestigingsvrijheid. De eerdere uitspraken zijn instrumenteel voor het oordeel met betrekking tot het vrijekapitaalverkeer bij de rechtbank 's-Gravenhage. Ter fundering van de juistheid van haar oordeel verwijst het Gerechtshof naar eerdere arresten van de Hoge Raad, zodat de eerdere uitspraken van de Hoge Raad als funderende preceden-ten dienen.

Voorbeelden van fundering rond de kwalificatie van de verbodsnorm zien we terug in de rechtspraak over kansspelen in de Nederlandse context. Nadat het Gerechtshof Arnhem en ten slotte de Hoge Raad heeft geoordeeld in voorzieningenzaak *Lotto t. Ladbrokes* (de civiele procedure tussen de Nederlandse vergunninghouder Lotto tegen internetkansspelaanbieder Ladbrokes zonder Nederlandse vergunning, maar met een Nederlandse internetinterface actief op de Nederlandse markt), zijn lagere rechters eerder geneigd om niet langer een volkomen zelfstandige beoordeling van het Europees

³² Timmermans 2010.

³³ Rechtbank 's-Gravenhage, 16 juli 2008, Beleggingsmaatschappij Antillen, LJN BD9480 en in zelfde zin op de zelfde datum uitgesproken: LJN BD9475. In zelfde zin met gebruikmaking van dezelfde preceden-ten: Gerechtshof Amsterdam, 31 januari 2007, LJN BA2612, 's-Gravenhage, 10 december 2008, LJN BG7784, Gerechtshof Arnhem, 19 november 2008, LJN BG6669.

recht uit te voeren, maar baseren ze zich vaker op de Nederlandse Europeesrechtelijke precedënten.

Dit blijkt impliciet uit een oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht die zich uitspreekt in een kansspelzaak tussen de Nederlandse Staatsloterij tegen het Duitse Stargames, twee weken nadat het Gerechtshof Arnhem op 2 september 2003 arrest had gewezen in beroep op het kort geding in de kwestie *Lotto t. Ladbrokes*.³⁴ Hoewel dit niet expliciet wordt gemaakt, lijkt de uitspraak sterk geïnspireerd te zijn op de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem. Datzelfde gaat, zij het in mindere mate, op voor het oordeel in hoger beroep in deze zaak gegeven door het Gerechtshof Amsterdam.³⁵

Een expliciet voorbeeld zien we in de uitspraak van de rechtbank Arnhem in de zaak *Lotto t. Mr Bookmaker*.³⁶ De rechtbank kan het beroep van de Maltese onderneming Mr Bookmaker.com Ltd op het vrijedienstenverkeer afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere uitspraken en die van het Gerechtshof Arnhem en de Hoge Raad. Deze zaak wordt derhalve op veel kernachtiger wijze afgedaan.

De rechtbank 's-Gravenhage maakt in een bestuursrechtelijke zaak gebruik van de civiele uitspraak van de Hoge Raad in de kortgedingprocedure *Lotto t. Ladbrokes*,³⁷ en van het oordeel van de rechtbank Arnhem³⁸ en het Gerechtshof Arnhem³⁹ in de bodemprocedure van hetzelfde geding. Daaruit leidt de rechtbank af dat artikel 1, aanhef en onder a van de Wok niet in strijd is met artikel 56 VWEU.⁴⁰ De verwijzingen van de rechtbanken naar uitspraken van een hogere rechter zijn natuurlijk niet zo vreemd en ligt bij vergelijkbare zaken voor de hand, ook in puur Nederlandsrechtelijke zaken zal dit in de praktijk vaak voorkomen. Dat Europeesrechtelijke normen onderdeel van de eerdere uitspraak vormen hoeft deze praktijk als zodanig niet te doorkruisen.

³⁴ Voorzieningenrechter rechtbank Utrecht, 18 september 2003, LJN AJ9996, KG 2003/219, NJF 2003/85, Gerechtshof Arnhem, 2 september 2003, IER 2003/77.

³⁵ Gerechtshof Amsterdam, 16 december 2004, IER 2005/54.

³⁶ Voorzieningenrechter rechtbank Arnhem, 21 november 2005, LJN AU8824.

³⁷ Hoge Raad, 18 februari 2005, LJN AR4841 (KG Ladbrokes).

³⁸ Rechtbank Arnhem, 31 augustus 2005, LJN AU1924 en Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJN AZ0222. De rechtbank 's-Gravenhage verwijst eveneens naar een later oordeel van de rechtbank Arnhem in gelijke zin, 19 juli 2006, zaaknummer: 218312/HA ZA 04-1040.

³⁹ Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJN AZ0222.

⁴⁰ Rechtbank 's-Gravenhage, 8 december 2006, LJN AZ6335.

Sprak de Hoge Raad zich over deze materie in de kortgedingprocedure van de zaak *Lotto t. Ladbrokes* nog uit,⁴¹ in het cassatieberoep zoals ingesteld door *Betfair c.s.* is het beroep op het vrijedienstenverkeer veroordeeld tot een 81 RO-zaak: nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, behoeft de afwijzing van het cassatiemiddel geen nadere motivering.⁴²

De bestuursrechtelijke en civielrechtelijke rechtspraak van de Nederlandse rechter over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Wet op de kansspelen dient ook als fundering voor een uitspraak van de strafkamer van de rechtbank 's-Hertogenbosch in het kader van een beschikking ex artikel 208 van het Wetboek van Strafvordering.⁴³ De klager wordt verweten dat hij opdracht/leiding gaf aan de verkoop door een rechtspersoon van Duitse lottosystemen zonder over de vereiste vergunning te beschikken. De rechter-commissaris heeft een gerechtelijk vooronderzoek geopend. De verdediging heeft verzocht een aantal getuigen te horen. Dat is gemotiveerd afgewezen, maar daartegen komt de verdediging op. De verdediging wil getuigen bevragen over de verenigbaarheid van de Wet op de kansspelen (Wok) met het Europees recht, onder meer in de relatie tot het vrijedienstenverkeer. De rechtbank overweegt:

‘De vraag of het stelsel van de Wok in overeenstemming is met het EG-recht is reeds bij herhaling bij de Nederlandse rechter aan de orde gesteld. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (14 maart 2007, LJV BA 670) kwam in een procedure waaraan een weigering een vergunning voor het organiseren van een speelcasino te verlenen ten grondslag lag, na toetsing aan bovengenoemde door het Hof van Justitie geformuleerde voorwaarden, tot de slotsom dat onvoldoende aannemelijk was dat de beperking van (artikel 27h, eerste lid) van de Wok niet gerechtvaardigd zou zijn. De Afdeling vernietigde daarbij de uitspraak van de rechtbank Breda van 2 december 2005 waarop verdachte zijn bezwaar mede baseert. De civiele kamer van de Hoge Raad (18 februari 2005, AR 4841) liet na toetsing aan de Europeesrechtelijke jurisprudentie een arrest van het Hof Arnhem in stand waarin werd geoordeeld dat artikel 1 Wok niet strijdt met het EG-recht. Het Gerechtshof Den Bosch bereikte in een strafprocedure waarin werd geklaagd over de onverbindendheid van artikel 1 Wok dezelfde conclusie.

De rechtbank stelt voorop dat de casusposities in de aangehaalde uitspraken van de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak niet identiek zijn aan de onderhavige, maar dat de in deze zaak door de verdediging opgeworpen stelling dat het door de Wok gecreëerde vergunningenstelsel in strijd is met EG-recht in essentie dezelfde vraag betreft als die in de genoemde uitspraken aan de orde is geweest.’

⁴¹ Hoge Raad, 18 februari 2005, LJV AR4841 (KG Ladbrokes).

⁴² Hoge Raad, 21 april 2006, LJV AV0641.

⁴³ Rechtbank, 's-Hertogenbosch, 19 juni 2007, LJV BA7535.

Er zijn vervolgens naar het oordeel van de rechtbank geen redelijke aanwijzingen dat de Wok in strijd is met het Europees recht.

Betekenen funderende precedenten nu ‘het einde van ontwikkeling’ van de vrijheden op een bepaald terrein, zoals het kansspelbeleid? De Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak bewijst het tegendeel. In de bodemprocedure van de zaak *Ladbroke's t. De Lotto* ontstond een wijziging in de aanpak van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Hoe die koerswijziging te verklaren valt, is moeilijk te duiden. Voor de hand liggend is dat partijen in deze procedure kennelijk meer moverende cassatiemiddelen hebben voorgesteld. In de uitspraak in cassatie citeert de Hoge Raad uitvoerig de bodemuitspraak van het Gerechtshof Arnhem,⁴⁴ die, samengevat, oordeelde dat De Lotto zich als vergunninghouder mag beroepen op de gerechtvaardigheid van de aan haar vergunning ten grondslag liggende nationale wetgeving.⁴⁵ Doordat onderdelen van het cassatiemiddel zich hiertegen richten en, mede naar het oordeel van advocaat-generaal Keus, in ‘enkele opzichten’ vragen van uitleg van het Europees recht aan de orde stellen, besloot de Hoge Raad in het bodemgeschil bij arrest van 13 juni 2008 toch prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie.⁴⁶

Toch speelt ook in dit geval een zekere nationale Europeesrechtelijke precedentwerking een rol: de Hoge Raad laat zich leiden door het gedrag van andere nationale rechters, in het bijzonder door de Afdeling, maar ook door het prejudicieel verwijzen van rechters in andere lidstaten. Zoals we ook al in het vorige hoofdstuk zagen, beroept de Afdeling zich in de zaak *Betfair* op het feit dat de Duitse Verwaltungsgerichte ook heeft verwezen over de wederzijdse erkenning in de sector sportwedenschappen.⁴⁷ Dat de Afdeling over deze kwestie tot verwijzing is overgegaan, ondersteunt expliciet de beslissing van de Hoge Raad om ook over de verhouding tussen de Nederlandse Wet op de Kansspelen en het vrijedienstenverkeer te verwijzen.

Terug naar twee laatste voorbeelden van funderend volgen van eerdere nationale Europeesrechtelijke uitlegging. In een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, gaat het om de reikwijdte van de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EEG en Turkije bij de inwerkingtreding op 1 januari

⁴⁴ Gerechtshof Arnhem, 17 oktober 2006, LJN AZ0222.

⁴⁵ Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

⁴⁶ LJN BC8970. Dit leidde tot het arrest C-258/08, *Ladbroke's t. Lotto*.

⁴⁷ ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483.

1973.⁴⁸ Een Turkse zelfstandige stelt zich op het standpunt dat er aanknopingspunten zijn dat voor het Hof van Justitie de nadere invulling van het criterium ‘wezenlijk Nederlands belang’ een verdergaande beperking is met betrekking tot de vrijheid van vestiging dan het beleid dat op 1 januari 1973 gold en het daarom in strijd is met de standstill-bepaling. De rechtbank overweegt:

‘15. De rechtbank stelt voorop dat de Afdeling blijkens haar uitspraken van maart 11 maart 2004 (JV 2004/189) en van 20 mei 2005 (JV 2005/261) heeft geoordeeld dat geen grond bestaat voor het oordeel dat bij de beoordeling of met het verblijf hier te lande van de vreemdeling die om toelating verzoekt voor het verrichten van arbeid als zelfstandige een wezenlijk Nederlands belang wordt gediend, thans strengere eisen worden gesteld dan op 1 januari 1973 gebeurde en evenmin voor het oordeel dat het thans terzake zelfstandigen gevoerde toelatingsbeleid op dit punt in strijd is met de standstill-bepaling.

[...]

19. In hetgeen door eiser is aangevoerd ziet de rechtbank daarom geen aanleiding om af te wijken van het door de Afdeling op 11 maart 2004 en 20 mei 2005 op dit onderwerp gegeven oordeel.’

Ook de rechtbank ’s-Gravenhage, zittingsplaats Haarlem, hanteert in een vergelijkbaar geval beide precedënten van de Afdeling,⁴⁹ evenals de rechtbank ’s-Gravenhage, zittingsplaats Amsterdam.⁵⁰

De crux ligt met name bij de gevallen waarin een zelfstandige, concrete toetsing tot een ander resultaat zou leiden. In hoeverre blijft het voor de nationale rechter noodzakelijk om een zelfstandige toetsing aan het vrijverkeerrecht uit te voeren? De rechtspraak van het Hof van Justitie gaat niet uit van de nationale Europeesrechtelijke precedënten en gaat ervan uit dat de lijnen uit zijn eigen jurisprudentie worden opgevolgd in de nationale Europeesrechtelijke rechtspleging. Het heeft zich er inzake deze kwesties rond de toetsing aan het vrijverkeerrecht nog niet duidelijk over uitgelaten in hoeverre de toetsing steeds op een concrete manier dient te geschieden. Hoeveel ruimte komt hier de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak toe?

Nationale Europeesrechtelijke precedentwerking vindt soms ook plaats door een loutere verwijzing naar eerdere nationale rechtspraak, waarin dezelfde Europeesrechtelijke norm centraal stond. De precedentwerking bestaat er dan in dat de rechter zich door middel van de verwijzing in de regel gesterkt weet in zijn oordeel. Het precedent dient om het vonnis te versterken.

⁴⁸ Rechtbank ’s-Gravenhage, zp. ’s-Hertogenbosch, 6 maart 2007, LJV BA2120.

⁴⁹ Rechtbank ’s-Gravenhage, zp Haarlem, 27 augustus 2007, JV 2007/485, r.o. 2.11. Het gaat om de uitspraken ABRvS, 11 maart 2004, LJV AO8112 en ABRvS, 20 mei 2005, LJV AT6747.

⁵⁰ Rechtbank ’s-Gravenhage, zp. Amsterdam, 26 november 2007, LJV BB9872.

Zo verwijst de Afdeling in de verwijzingsuitspraak *Befair*⁵¹ naar zijn eerdere, overigens op dit punt niet opzienbarende, uitspraken omtrent de aanvaardbaarheid van het kunnen reguleren en beheersen van kansspelen met als doel het beschermen van de consument, het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit en het tegengaan van gokverslaving als dwingende redenen van algemeen belang.⁵²

Soms wordt het precedent ook in de sfeer van de rechtsoverwegingen over de stand van het recht gebruikt.⁵³

In het vorige hoofdstuk zagen we al dat na het arrest *Tum & Dari* van het Hof van Justitie⁵⁴ de Afdeling besloot zijn prejudiciële vragen over dezelfde materie, de uitleg van het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EG-Turkije, in te trekken en de zaak zelfstandig te beslissen met inachtneming van de interpretatie in *Tum & Dari*.⁵⁵ Vervolgens krijgt deze uitspraak van de Afdeling in verschillende uitspraken over hier nauw mee samenhangende onderwerpen een precedentwerking samen met het arrest van het Hof van Justitie. Zo ontstaat er een ‘Nederlandse’ kop op de uitleg van het Hof van Justitie. Er ontstaat een gemengde verwijzing.

Een voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank ’s-Gravenhage, zp Amsterdam.⁵⁶ We lezen daarin:

‘Uit het arrest van het Hof van Justitie EG van 20 september 2007, *Tum & Dari*, C-16/05 (JV 2007/494) en uit de uitspraak van de AbRS van 6 maart 2008 (JV 2008/148) volgt dat deze bepaling in de weg staat aan het stellen van het mvv-vereiste aan een Turkse onderdaan die in Nederland verblijf beoogt als zelfstandige en een daartoe strekkende aanvraag indient.’⁵⁷

Maar het geschil ziet op een iets ander geval, zodat de rechtbank zelf ook de uitleg van het Hof van Justitie en de Afdeling moet aanvullen. De rechtsoverweging vervolgt:

‘De rechtbank is van oordeel dat daarmee niet gelijkgesteld kan worden de Turkse onderdaan die in Nederland verblijf vraagt bij zijn echtgenote en die tevens zelfstandige is. Zowel naar zijn tekst als naar zijn strekking beoogt de standstill-

⁵¹ ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483.

⁵² Verwezen wordt naar: ABRvS, 14 maart 2007, LJN BA0670 en ABRvS, 18 juli 2007, BA9831.

⁵³ Bijvoorbeeld VZR rechtbank Zwolle, 16 april 2008, LJN BC9751 met verwijzing naar het richtinggevende precedent van de ABRvS, 30 januari 2008, LJN BC3078.

⁵⁴ Zaak C-16/05, *Tum & Dari*.

⁵⁵ ABRvS, 6 maart 2008, LJN BC6595.

⁵⁶ Rechtbank ’s-Gravenhage, zp Amsterdam, 28 oktober 2008, LJN BG3917.

⁵⁷ R.o. 6.2.

clausule nieuwe belemmeringen te verbieden voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging en dienstverlening door Turkse onderdanen in de EG. Indien de Turkse onderdaan zich tot een lidstaat wendt ter verwezenlijking van een ander doel dan de uitoefening van die vrijheid mist deze bepaling dan ook toepassing. Het staat eiser uiteraard vrij een aanvraag voor verblijf als zelfstandige in te dienen, in welke procedure het mvv-vereiste hem niet zal mogen worden tegengeworpen.' (r.o. 6.2)

Het recht blijft discussie: zelfs nadat Hof van Justitie en Afdeling over de materie uitleg hebben gegeven, die overigens in de uitspraak van de rechtbank wordt gevolgd, is nadere verfijning nodig.

Dezelfde mengvorm van uitleg van het Hof van Justitie en Nederlandse rechters over de werking van de vrijheden zien we eveneens veelvuldig terugkomen in de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de Wet arbeid vreemdelingen en in de jurisprudentie over de toelaatbaarheid van kansspelaanbieders zonder Nederlandse vergunning op de Nederlandse markt.

5.4 Gevolgen van bestaan en betekenis

Hoe dienen we deze ontwikkeling nu te waarderen? Zoals reeds in de inleiding van dit hoofdstuk duidelijk werd, leidt het enkele bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedents ons tot diverse vragen. Nu enkele voorbeelden uit de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak zijn gepasseerd, lijkt het een geschikt moment om deze ontwikkeling in het bredere perspectief van het Europees recht te zetten en in het bijzonder in het licht van het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie te plaatsen. Eerst wil ik ingaan op het enkele bestaan van deze precedents, dan op de werking en de betekenis ervan.

Het bestaan

Het enkele bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedents heeft consequenties voor het stelsel van rechtsbescherming in de Europese Unie. Nationale Europeesrechtelijke precedents hebben invloed op de rechtsbescherming in een lidstatelijke context. Tot op zekere hoogte moet het bestaan en de ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedents worden gezien als een feitelijke ontwikkeling, die inherent is aan de verregaande decentrale rechtsbescherming in de EU. Het is te verklaren in het licht van de leerstukken van directe werking, het beginsel van effectieve rechtsbescherming en nationale procesautonomie. Daardoor is de nationale rechter een Europeesrechtelijke geschilbeslechter geworden, die knopen doorhakt en met zijn uitspraken rechtsfeiten doet ontstaan en het recht daarmee ontwikkelt. Het is ook een logisch gevolg van het feit dat niet iedere zaak bij de nationale gerechten zich leent voor prejudiciële verwijzing. Opvallend is wel dat er bij Nederlandse rechters een natuurlijke neiging lijkt te bestaan om de lijnen uit de

Nederlandse Europeesrechtelijke jurisprudentie te volgen en vaak zelfs eerder die te volgen dan de laatste lijnen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Vermoedelijk wordt het merendeel van de Europeesrechtelijke jurisprudentie tegenwoordig gecreëerd op het niveau van de lidstaten en bij de nationale rechters. Het feit dat een deel van die uitspraken een precedentwaarde heeft, is alleszins begrijpelijk. Tegelijkertijd wordt het idee van het bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedenten (lang) niet altijd erkend, gerealiseerd en als zodanig geaccepteerd. De Europeesrechtelijke doctrine concentreert zich vaak vooral op de rechtsontwikkeling bij het Hof van Justitie. Het is in dit verband typerend dat Prechal, in een reactie op een voorstel tot verdere decentralisatie van de prejudiciële procedure, de potentiële ontwikkeling van nationaal Europees recht problematisch acht in het licht van de eenheid van het recht en als zodanig zelfs al als een *'major drawback'* beschouwt.⁵⁸

Het is de vraag of dat niet een te kritische benadering is ten aanzien van de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak. Uit dit onderzoek komt een beeld naar voren dat deze zekere nationalisatie van Europees recht zich feitelijk al voordoet, ook zonder een verdere decentralisatie van de prejudiciële procedure. Toch kan de acceptatie van het bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedenten mijns inziens een aanvullend perspectief bieden op de stand van het Europees recht op een zekere tijd en plaats. Dat brengt ons bij de vraag naar de betekenis van een nationaal Europeesrechtelijk precedent.

De betekenis

Natuurlijk is een rechterlijke uitspraak over rechtsvragen van Europees recht 'gewoon' een uitspraak binnen de context van een lidstaat. Op hetzelfde moment is die uitspraak van waarde voor de toepassing en uitlegging van het Europees recht. Voor wie heeft een dergelijk precedent betekenis, voor rechters van dezelfde lidstaat? In dit hoofdstuk werd duidelijk dat nationale Europeesrechtelijke precedenten een rol spelen in de decentrale rechtsbescherming van de Europeesrechtelijke vestigingsvrijheid en/of het vrijedienstenverkeer. Zulke uitspraken met precedentwerking hebben in ieder geval betekenis als gezagvolle uitleg over de werking van het Europees recht in de Nederlandse context. De vraag is in hoeverre een nationale rechter gebonden is aan de eerdere uitspraken van zijn collega's. Zoals hierboven al duidelijk werd, zou ik in dit verband een flexibele benadering willen voorstellen. De werking van nationale Europeesrechtelijke precedenten moet in de eerste plaats én vooral een functioneel middel zijn. Zo zouden nationale Europeesrechtelijke precedenten er niet toe dienen te leiden dat een andere nationale rechter in een

⁵⁸ Zie het tweede openingscitaat van dit hoofdstuk.

nieuw geschil geen enkele feitelijke autonomie bezit om zelfstandig te beslissen over de elementen van Europees recht of de mogelijkheid inperken om toch prejudicieel te verwijzen naar het Hof van Justitie met betrekking tot een rechtsvraag van belang voor de beslechting van het geschil. Aan de andere kant is het begrijpelijk en redelijk vanuit een praktisch perspectief dat een rechter de eerdere lijnen in de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak volgt.

Een volgende vraag is of een nationaal Europeesrechtelijk precedent nu ook een werking heeft voor rechters in andere lidstaten? Op dit moment is dit in ieder geval in de onderzochte Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak niet gebruikelijk of waarneembaar. Hoewel, zoals we in het vorige hoofdstuk en dit hoofdstuk zagen, gebruiken verschillende rechters in Nederland recentelijk een verwijzing naar de rechtspraak van andere nationale rechters als ondersteunend argument om te beslissen over een verwijzing naar het Hof van Justitie. In de zaak *Ladbroke v. Lotto* met betrekking tot de Europeesrechtelijke verenigbaarheid van de Nederlandse Wet op de Kansspelen, overweegt de Hoge Raad:

‘Voorts is van belang dat uit de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6 blijkt dat verschillende rechters in andere lidstaten aanleiding hebben gezien tot het stellen van prejudiciële vragen, en dat inmiddels de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 14 mei 2008 prejudiciële vragen heeft gesteld in de zaak die in de conclusie onder 2.10 is vermeld (uitspraak van 14 mei 2008, nr. 200700622/1, LJN BD 1483).⁵⁹

In de uitspraak van de Afdeling waarnaar de Hoge Raad verwijst, verwijst de Afdeling naar het Duitse Verwaltungsgerichte in de zaak *Markus Stoss*:

‘Om elke twijfel uit te sluiten ziet de Afdeling aanleiding de volgende prejudiciële vraag te stellen, waarbij de Afdeling opmerkt dat het haar bekend is dat Duitse Verwaltungsgerichte in de gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Markus Stoss en anderen, een vraag aan het Hof van Justitie hebben voorgelegd over de wederzijdse erkenning in de sector sportwedenschappen.’⁶⁰

Dit is een boeiende ontwikkeling, die naar mijn inschatting nog maar in de kinderschoenen staat. Opvallend is om te zien dat in deze gevallen de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak dient als ondersteuning om de zaak *niet* direct zelf af te doen, maar toch naar het Hof van Justitie te verwijzen. Toch lijkt er voldoende potentiëel in nationale Europeesrechtelijke rechtspraak aanwezig te zijn (los van de praktische barrières zoals de talenkennis, kennis van het bestaan

⁵⁹ Hoge Raad, 13 juni 2008, LJN BC8970.

⁶⁰ ABRvS, 14 mei 2008, LJN BD1483, r.o. 2.12.4.

van relevante nationale Europeesrechtelijke rechtspraak in andere lidstaten), om een vruchtbare bron te zijn voor verdere ontwikkeling van het Europees recht.

Daarmee belanden we bij een wezenlijke vraag: kan, en zo ja hoe, een nationaal Europeesrechtelijk precedent dienen als een bron van inspiratie voor het Hof van Justitie of zijn advocaten-generaal? Met andere woorden, wat is de betekenis van deze precedents voor de ontwikkeling van Europees recht op het centrale niveau van rechtsbescherming in de EU?

Nationale Europeesrechtelijke precedents komen tot stand in een lidstatelijke context. Maar het gaat hier om de uitleg van Europees recht. Gezien de fundamentele rol van nationale rechters in het stelsel van rechtsbescherming in de EU, zou het te simplistisch en onbevredigend zijn om deze interpretaties van Europees recht binnen het stelsel van Europese rechtspleging geen enkele materiële betekenis toe te kennen. Als we echter het juridische gezag van deze rechtspraak willen definiëren, stuiten we op een ‘*black box*’. De rechtspraak van het Hof van Justitie richt zich, zoals we in hoofdstuk 2 zagen, veel meer op wat de nationale rechter geacht moet worden te doen, dan dat de nationale Europeesrechtelijke rechtspraak bijvoorbeeld als potentiële bron van recht wordt gezien. Het Hof van Justitie verwijst niet naar nationale Europeesrechtelijke rechtspraak als een bron van Europees recht of als een soort van feitelijk richtsnoer (behalve het opmerken van de loop van de nationale procedure in prejudiciële zaken), met als resultaat dat de status van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak behoorlijk obscuur blijft.

Nationale Europeesrechtelijke precedents zouden in ieder geval als een bron van feitelijke relevantie kunnen gelden en daarbij op punten een originele bron van rechtswaarde voor het Europees recht zijn. Het is zeer de vraag of het Hof van Justitie zich expliciet zal baseren op nationale Europeesrechtelijke precedents als een bron van Europees recht (waarom trouwens niet?), maar nationale Europeesrechtelijke rechtspraak zou een functie kunnen hebben als soort van feitelijke tegendruk. Aan het idee verbonden aan een gedeelde rechtsorde, is inherent dat van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak ook een invloed uitgaat voor de Europeesrechtelijke rechtsontwikkeling.

5.5 Conclusies

Waartoe leidt het voorgaande? In dit hoofdstuk werd licht geworpen op de ontwikkeling van Nederlandse Europeesrechtelijke uitspraken die een precedentwerking hebben voor andere uitspraken van de Nederlandse rechter. Deze precedents bestaan in de regel uit een verfijning of verduidelijking van de

rechtspraak van het Hof van Justitie in de Nederlandse context. Soms dient een dergelijk precedent als fundering voor het oordeel in een nieuwe zaak. Dat kan plaatsvinden doordat er in eerdere rechtspraak een abstract oordeel wordt gegeven dat in een nieuw concreet geval kan worden ingezet. In de onderzochte rechtspraak zijn er gevallen waarin de Nederlandse rechter zijn eigen uitleg compleet verenigt met een eerdere beoordeling en zich daarbij letterlijk aansluit.

Nationale Europeesrechtelijke precedënten zijn een ontwikkeling in feit en recht. Het hoofdstuk maakt duidelijk dat het Hof van Justitie in ieder geval niet het monopolie heeft op de uitleg van het Europees recht. Nationale Europeesrechtelijke precedënten functioneren als een bron voor de beoordeling van de werking van het Europees recht in nieuwe geschillen voor de Nederlandse rechter. Daarmee is het een treffend voorbeeld van het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie in het Europees recht in de praktijk. Elementen in de sfeer van de beoordeling en beslissing spelen hier een belangrijke rol. Ook de sfeer van relevante informatie komt hier naar voren: als de rechter weet heeft van de eerdere uitspraak, lijkt de Nederlandse rechter in voorkomend geval geneigd te zijn de eerdere Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over dezelfde thematiek te volgen. De ontwikkeling van nationale Europeesrechtelijke precedënten confronteert ons met de vraag naar het gezag van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak.

Hoewel het onderzoek ten behoeve van dit boek zich over een beperkt terrein heeft uitgestrekt, is het heel aannemelijk dat de gesignaleerde ontwikkeling zich eveneens op andere terreinen van het Europees recht voordoet en ook in andere lidstaten zichtbaar is. Dat laatste gaat in het bijzonder op voor de lidstaten die al geruime tijd ervaring hebben met het Europees recht en waar ongetwijfeld een pakket van nationale Europeesrechtelijke rechtspraak bestaat. Deze precedentwerking is in ieder geval feitelijk aantoonbaar in de Nederlandse context.

Wat voor rol bestaat er voor deze nationale Europeesrechtelijke precedënten? Dat is de wezenlijke vraag waarop antwoorden moeten worden geformuleerd. Binnen het verschijnsel van nationale rechterlijke autonomie valt een dergelijke ontwikkeling zonder meer betekenis toe te dichten. Zou het Hof van Justitie moeten anticiperen of reageren op het bestaan van nationale Europeesrechtelijke precedënten? Wat voor rol zouden nationale Europeesrechtelijke precedënten kunnen spelen in het stelsel van rechtspleging in de Europese Unie? Daarop en op een nadere duiding van de kenmerken van nationale rechterlijke autonomie, ga ik in de navolgende slotbeschouwing graag nader in.